



# 清华法律评论

TSINGHUA LAW REVIEW

第三卷 第一辑

## 主题研讨：行政权力的内外部约束机制

蔡志方 从“行政程序法”与“诉愿法”上的职权撤销违法处分，论行政权力的自我约束机制

湛中乐 海峡两岸行政复议制度比较研究

徐文星 警察裁量权之规范——以行政规则为研究中心

朱悦蓓 法的价值理念与立法技术因应之制度分析——以《治安管理处罚法》为例

王 静 美国联邦行政法法官制度概览

## 论文

张 群 南京国民政府住宅立法研究

时 飞 公共网站作为公共论坛——对一项制度实践及其理论根据的观察

颜良举 民法中攻击性紧急避险问题研究

[德]沃斯·金德霍伊泽尔 著 樊文 译 故意犯的客观和主观归责

## 明理讲坛

约翰·莫纳罕 社会科学研究方法在美国法院中的应用

清华大学出版社

# 清华法律评论

**Tsinghua Law Review**

第三卷 第一辑

清华大学出版社

北 京

## 内 容 简 介

《清华法律评论》(下称《评论》)第三卷第一辑分三个栏目,收录了9篇论文和1篇演讲稿。第一个栏目是专题研讨,探讨的主题是“行政权力的内外部约束机制”,共收录了5篇文章,从行政复议、警察裁量权、治安管理处罚制度、行政法官制度四个不同的角度入手,揭示了对政府权力的控制机制。第二个栏目是论文,收录了三篇视角独特、内容新颖的论文和1篇经典译文。第三个栏目是明理讲坛,收录了美国著名法学家约翰·莫纳罕教授在明理楼的一次精彩演讲,主题是社会科学研究方法在美国法院中的应用。

本书适合法学学者、法律专业学生及一般读者阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

## 图书在版编目(CIP)数据

清华法律评论. 第三卷. 第一辑/清华法律评论编委会编. —北京:清华大学出版社,2009.3

ISBN 978-7-302-19597-9

I. 清… II. 清… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 021724 号

责任编辑:刘全友 杨爱臣

责任校对:王凤芝

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:清华大学印刷厂

装 订 者:北京市密云县京文制本装订厂

经 销:全国新华书店

开 本:170×255 印 张:11.75

字 数:221 千字

版 次:2009 年 3 月第 1 版

印 次:2009 年 3 月第 1 次印刷

定 价:25.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:010-62770177 转 3103 产品编号:032417-01

清华法律评论  
第三卷第一辑 编辑委员会

|   |   |    |    |     |     |     |
|---|---|----|----|-----|-----|-----|
| 主 | 编 | 龙俊 |    |     |     |     |
| 编 | 辑 | 白麟 | 管君 | 刘波  | 刘洋  |     |
|   |   | 王旭 | 余婷 | 余盛峰 |     |     |
| 实 | 习 | 编  | 辑  | 魏奎楠 | 高波  | 赵军  |
|   |   |    |    | 唐绪回 | 王静  | 刘玲玲 |
|   |   |    |    | 何广越 | 左亦鲁 | 林玲  |
|   |   |    |    |     |     | 宗少伟 |
|   |   |    |    |     |     | 许晓骁 |

## 卷首语——控制权力的逻辑

法治作为当代公民社会所认可的价值和秩序体系,已经成为现代社会制度构建的不二选择。法治所解决的从来不是老百姓的守法问题,而是政府守法的问题。有权力必须有控制,权力须为民所用,没有约束和控制的权力,一切所谓的法治都是苍白的纸上宣言,权力会演变成压制人民权利的工具。责任政府、有限政府已然成为所有法学同仁以及我国政府所追求的目标,具体而言,控制政府权力的方式无非两种:内部约束机制和外部约束机制。

外部约束机制主要指以行政诉讼以及人大监督为核心的一系列监督机制。在西方的行政法治路径当中,以外部的司法审查为核心的控权模式无疑起到了非常重要的作用,但是这一路径是否在中国能够完全行得通呢?曾几何时,我们对于行政诉讼制度寄予了太多的希望,以为一部《行政诉讼法》的出台,行政法治便不再是空中楼阁,但是从近20年的实践中来看,由于政治体制以及其他因素,法院在担当监督政府依法行政的重任时还略显稚嫩,人大制度由于种种制约,也无法实现西方议会式的监督,很多时候力不从心。我们今天所要讨论的行政机关的自我约束机制,并非是新玩意,而是老祖宗曾经屡试不爽的一套旧制度在新时代下的新发展。具体而言包括:执法责任制,执法考评,行政问责,行政监察制度,公务员制度以及行政复议制度等。在中国的法治实践中,行政机关自上而下的内部监督某种程度上其效果要优于外部的司法监督,这是中国的现实,并不是说法院的监督不重要。其原因既与中国的行政主导的政治体制架构有关,同时也与我们的国民习惯和社会心理有关。近代以来,发展及进步作为我们的社会生活的主旋律,作为国家的主要的目标,行政主导的政治体制的存在有其必然合理性,在这种背景下,实现完全西方式的司法审查还是有些困难。

曾经与一个基层行政官员聊天,问起行政机关怕什么,他们怕相对人将他们告上法院,但他们更怕年终的执法考评,怕执法责任制下的内部责任追究,其中行政诉讼败诉率便是执法考评中的一项,这便是内部约束机制的效力。然而正是如此重要的权力监督或制约机制,在行政法学界却缺少回应,相关讨论分散而又稀少,不足以引起学术的讨论。学界多数人将精力放在了行政诉讼制度的研究上,对于行政机关的内部约束机制缺少关注。诚然,中国未来发展的大方向将是建立健全有效的司法审查制度,让行政机关怕法院,让法院拥有更大的审查权力。但是这一转型是不是要像唐德刚先生所说尚需数十年才能渡过历史的三峡呢?如果是这样的话,我们不应仅仅关注数十年后的中国,这数十

年过渡期的行政法治我们仍需关注。应当对现实的难题进行回应,就当前出现的新事物给予充分的理论关怀。

行政机关的内部监督机制,不只是我国实践中所重视,英国的行政裁判所,美国的行政法官制度,澳大利亚的行政申诉庭制度,都是行政机关自我约束机制的典型代表。他们类似于我国的行政复议制度,他们借助行政机关所具有的专业性的特点,使得行政纠纷快速有效地加以解决。法院监督行政权力固然好,但是司法的成本是高昂的,不仅仅对于相对人是这样,对于行政机关也是如此。在上述国家,真正进入法院的行政法案件是少数的,多数纠纷在内部的监督机制中便得到了解决。在我国,内部的约束机制相对外部约束机制而言,实际上更要发达和完善一些,不单单是过去的行政监察制度和行政复议制度,近几年的法治实践中出现的行政问责制,执法考评、行政执法责任制,行政问责制,自由裁量基准的实践等新事物层出不穷,极大地丰富了我们的实践。

在编委会最初的策划中,很担心因为这个话题虽然重要,但是却很少有人去讨论,尤其是把一些我们常见的制度拔到“自我约束机制”的高度上更是让人望而却步,我们很担心约不到高质量的文章。然而,令我们惊喜的是,本辑的主题文章基本上达到了我们最初的预期。在此要向本辑主题文章的作者以及因种种原因未能采纳的文章作者致谢,感谢他们的讨论为中国法治建设所作的贡献。

我们相信,中国未来的强大,既需要经济、文化上的优势,更需要政治上形成符合本土历史和文化特点的制度和理念;我们也期待,《清华法律评论》此次的主题将有助于在学界进一步激发对行政权力的自我约束机制的讨论,为中国找到一条内外约束良好互动、有机结合的控权模式。

《清华法律评论》编委会

2008年5月

## 编者按语

《清华法律评论》(下称《评论》)第三卷第一辑的专题研讨主题是“行政权力的内外部约束机制”,共收录了5篇文章,从行政复议、警察裁量权、治安管理处罚制度、行政法官制度这四个不同的角度入手,揭示了对政府权力的控制机制。

“绝对的权力,绝对的腐败”(absolute power corrupts absolutely),所以行政要受到他律的约束。蔡志方教授在《从“行政程序法”与“诉愿法”上的职权撤销违法处分,论行政权力的自我约束机制》一文中从台湾地区的“行政程序法”与“诉愿法”上的职权撤销违法处分,来探讨行政权力的自我约束机制,其运用于存在的问题及可能的改善方向与方法。台湾“行政程序法”第117条规定的“非争讼性行政程序重开”与“诉愿法”第58条第2项规定的诉愿相对机关“自我反省”与“诉愿法”第80条规定的“职权撤销或变更行政处分”,均可以作为行政权力自我约束机制。这些机制、其运用与问题及可能的改善方向与方法,应该可以成为大陆地区进一步追求完善行政权力行使法制时的借镜与参考。

与第一篇文章相应,湛中乐教授在《海峡两岸行政复议制度比较研究》一文中,就以大陆地区于1999年颁布的《行政复议法》和台湾地区于1998年修正的“诉愿法”为依据对两岸行政复议法(诉愿法)的体例结构、法律原则、当事人及代理、复议范围、复议机构、复议程序等方面进行了比较研究,分析了它们的共同点和差异。文章认为,两岸的行政复议制度在不少方面可以相互借鉴,以求更加完善。

徐文星博士以行政规则为研究中心,就警察裁量权的规范进行了论述。警察裁量权是把“双刃剑”,“好的”警察裁量权可以达成个案正义、实质正义;可以培育警民关系;可以有效达成警察任务。更为重要的是,在社区警政的背景下,其更是实现警察从“消极行政”向“积极行政”转型的重要媒介。但是,另一方面,警察裁量权亦可能成为警察权力滥用的借口,侵害民众权益甚至破坏宪政制度。因此,在民主法治国家中,警察裁量权必须受到法律的规范。各级警察机关自己制定的行政规则是正确界定、有效约束警察裁量权的重要措施。

朱悦蓓博士以《治安管理处罚法》为例,对法的价值理念与立法技术进行了制度层面的分析。文章认为在社会变迁中,旧法的保守与滞后造成制度的非均衡和社会的不和谐,良法应对法的价值理念嬗变作出因应,以制度创新实现新的制度均衡。《治安管理处罚法》正是转型时期体现权利本位理念的一个立法范例。

王静博士在《美国联邦行政法官制度概览》一文中对美国行政法律制度

中颇具特色的行政法法官进行概括性介绍,探析行政法法官产生的历史原因和制度缘由,介绍联邦行政法法官的各项具体制度,分析行政法法官所主持的正式裁决程序,也涉及内部复审程序、穷尽行政救济和司法审查等,并探讨美国这一制度对我国有何启发和借鉴。

在专题论文之外,本辑评论收录了3篇视角新颖、内容精彩的论文和1篇德国经典作品的译文。

张群博士在潜心研究大量文献的基础上,对南京国民政府住宅立法进行了深入研究,对民国时期的住宅状况、住宅立法的主导思想、住宅立法的特点、住宅立法的体系、住宅立法形成的主要制度、住宅立法的不足以及对当代的启示等多个方面进行了详尽的论述。文章认为尽管民国的诸多立法在制度设计上存在一些缺陷,在实践中也未能完全贯彻,但南京国民政府对待住宅问题的积极态度应该肯定,其立法上的具体得失也值得今天借鉴。

公共论坛原则作为统领当今美国第一修正案法学理论的理论开始向网络空间渗透,但是,囿于传统论旨的限制以及对互联网上的技术发展所带来的社会变化的认识不足,美国联邦法院在援引公共论坛原则进入公共网站的属性辨析的时候,显得有点儿力不从心,从而使得其判决逻辑显得含混不清。时飞博士在《公共网站作为公共论坛》一文中试图结合公共论坛原则的精义以及互联网的特质,力图论证公共论坛原则在公共网站上适用的切实性,并期望这样的理论分析为中国的制度建设提供一种理论参照。

颜良举先生试图在我国现有理论中引入攻击性紧急避险的概念,是指为了使公共利益、本人或他人的合法权益免受现实的和紧急的损害危险,不得已而采取的致使与该危险完全无关的第三人受到损害的行为。作者认为我国的传统理论以及司法实践在确定紧急避险的民事责任的承担时,往往是从避险人的角度来思考民事责任的承担问题,一概适用民法通则第129条以及相关的司法解释。作者认为这种简单的处理方式是不妥的,在研究攻击性紧急避险的时候,应当考虑当引起险情的人无力对损害进行充分的赔偿时,如何保护受害人的利益问题,以期实现符合良好道德要求的社会秩序之法律目的。具体而言,就是在为自己利益而实施的攻击性紧急避险中,避险人应对受害人的损失进行完全的赔偿,只是在有引起险情的人的情况下其只承担补充责任;在为他人利益实施的攻击性紧急避险中,避险人与受益人之间的关系应当适用无因管理的规定。

樊文博士在德国留学期间,翻译了德国著名刑法学家沃斯·金德霍伊泽尔的经典理论作品《故意犯的客观和主观归责》。该文论证了德国的客观归责理论,对我国的刑法理论发展颇有借鉴意义。该文以个人刑事罪过理论为基础,试图说明:一个结果总是可以被客观归责的,除非行为人的行为造成的这个结果确实没有造成对刑法规范保护目的之否定。除此之外,客观归责理论——至

少对于故意犯——要么得出不正确的结论，要么就混淆主观和客观构成要件的要素。风险联系的标准仍然是在故意犯犯罪构成要件的主观层面将结果归责于行为人故意的适当工具，假如行为的客观和主观要素得到了准确的区分。

本辑评论最后一部分“明理讲坛”收录了美国著名法学家约翰·莫纳罕教授在明理楼的一次精彩演讲。这次演讲主要谈的是社会科学研究方法在美国法院中的应用。莫纳罕教授简要介绍美国法院运用社会科学的历史后，通过生动的案例详细介绍了美国法院对于社会科学的三种主要的应用方法，对我国的法治发展颇具启示意义。

最后，请允许我们对所有向《评论》供稿的作者表示由衷的感谢，你们的支持才有了《评论》的今天。向所有帮助《评论》进行匿名审稿的各位审稿人表示真诚的谢意，你们的严谨的学术态度和深厚的学术功底让我们受益匪浅。

# 清华法律评论

第三卷第一辑

## 目 录

I 卷首语

III 编者按语

### 主题研讨：行政权力的内外部约束机制

- 1 蔡志方/从“行政程序法”与“诉愿法”上的职权撤销违法处分,论行政权力的自我约束机制
- 16 湛中乐/海峡两岸行政复议制度比较研究
- 33 徐文星/警察裁量权之规范——以行政规则为研究中心
- 46 朱悦蓓/法的价值理念与立法技术因应之制度分析  
——以《治安管理处罚法》为例
- 61 王 静/美国联邦行政法法官制度概览

### 论 文

- 80 张 群/南京国民政府住宅立法研究
- 106 时 飞/公共网站作为公共论坛  
——对一项制度实践及其理论根据的观察
- 129 颜良举/民法中攻击性紧急避险问题研究
- 150 [德]沃斯·金德霍伊泽尔著 樊文译/故意犯的客观和主观归责

### 明理讲坛

- 164 约翰·莫纳罕/社会科学研究方法在美国法院中的应用

# Tsinghua Law Review

Volume 3, Number 1

July 2008

Foreword I

Editors' Note III

## Internal and external restraint mechanism of administrative power

- On the self-control mechanisms of the administrative powers based on the  
revocation of the illegal administrative acts ex officio in the administrative  
procedure law and the administrative appeal law ..... Cai Zhifang 15
- Comparative Study on the Cross-Strait Administrative  
Reconsiderations ..... Zhan Zhongle 32
- Taming the Police Discretion—From the aspects of  
rulemaking ..... Xu wenxing 45
- Institutional Analysis of the Value of Law and Legislative Technique:  
Study on Law of the People's Republic of China on Public  
Security Administration Punishments ..... Zhu Yueheng 60
- An Overall Review on The Administrative Law Judges'  
System in The U. S ..... Wang Jing 79

## Articles

- A Research on The Housing Legislation of The Government  
of Republic of China ..... Zhang Qun 105
- Public Website as The Public Forum—Observations on An  
Institutional Practice and Its Theoretical Basis ..... Shi Fei 128
- Research on Aggressive Urgent Danger Prevention in the  
Civil Law ..... Yan Liangju 149

IX

The Objectivity of Crimes of Intent and Subjective  
Imputation ..... Urs Kindhaeuser 163

MingLi Forum

The Use of Social Science Research in American  
Courts ..... John Monahan 164

# 从“行政程序法”与“诉愿法”上的职权撤销 违法处分,论行政权力的自我约束机制

蔡志方<sup>〔1〕</sup>

**内容摘要:**“绝对的权力,绝对的腐败”(absolute power corrupts absolutely),所以行政要受到他律的约束。此外,比较可贵而快速的,还有自我约束的机制,职权撤销违法处分就是其中之一。行政权力的自我约束,并不是委弃职责,也不可以背离依法行政的原则。台湾的诉愿或大陆的复议制度的妥善运用,可以成为行政权力自我约束的机制。台湾“行政程序法”第117条规定的“非争讼性行政程序重开”与“诉愿法”第58条第2项规定的诉愿相对机关“自我反省”与“诉愿法”第80条规定的“职权撤销或变更行政处分”,均可以作为行政权力自我约束机制。

**关键词:** 职权撤销 自我约束 裁量余地 判断余地 非争讼性的行政程序重开

## 一、问题的提出与概念的厘清

### (一) 问题的提出

古典的政治学与宪法学者一再强调:“绝对的权力,绝对的腐败”(absolute power corrupts absolutely)!<sup>〔2〕</sup> 所以公权力需要“权力分立”(separation of powers; Gewaltentrennung; séparation des pouvoirs)的机制来防制绝对权力

〔1〕 台湾成功大学法律学系暨科技法律研究所教授,台湾大学法学博士,德国 Passau 大学研究及 Trier 大学环境与科技法研究所(Institut für Umwelt-und Technikrecht)访问客座研究教授。

〔2〕 英国 Acton 爵士曾经说过:“权力使人腐化,绝对的权力,绝对地腐化”(Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely)。See Randy E. Barnett, THE STRUCTURE OF LIBERTY: JUSTICE AND THE RULE OF LAW (Clarendon Press, Oxford, UK, 1998), 246.

的腐败<sup>[3]</sup>,以确保民主与法治的理想得以实现。虽然在当前的民主法治与宪政体制下,已不再有所谓的“绝对的权力”(absolute powers),而只有“有限的权力”(limited powers or competence; begrenzte Gewalten od. Zuständigkeiten),也就是在宪政体制下,只存在基于全体人民的需要,而由法律所赋予的“权限”<sup>[4]</sup>。但是即使如此,不管公权力的大小,毕竟还都是由具有情欲的人—公务员来执行,仍旧难免会有“滥权”或“扩权”的情况。尤其在属于有“裁量余地”(Ermessensspielraum)或“判断余地”(Beurteilungsspielraum)的情况下,更难免会发生假借行使裁量权或判断权之名,以行滥权或扩权之实<sup>[5]</sup>。为了避免此等情况的发生,各国的行政法制,乃有不同的“自律性”与“他律性”的控制行政权力违法滥权的机制<sup>[6]</sup>。其中“自律性的控制机制”,也可以被称为“行政权力的自我约束机制”。本文将从台湾地区的“行政程序法”与“诉愿法”上的职权撤销违法处分,来探讨行政权力的自我约束机制,其运用与存在的问题及可能的改善方向与方法。这些机制、其运用与问题及可能的改善方向与方法,或许可以提供大陆地区进一步追求完善行政权力行使法制时的借镜与参考,愿学者、先进们,不吝批评指教!

## (二) 概念的厘清

在探讨“行政权力的自我约束机制”以前,有若干概念是需要加以厘清的。这些概念包括:(1)“固守职权”或“自我限缩职权”作为行政权力自我约束的机制?(2)“职权撤销瑕疵行政处分”作为行政权力自我约束的机制?(3)“诉愿制度”作为行政权力自我约束的机制?以下逐项加以说明:

### 1. 固守职权或自我限缩职权作为行政权力自我约束的机制?

“行政权力的自我约束”此一概念,在法的“语意学”上,是否指或专指行政机关的“固守职权”或“自我限缩职权”?如果从行政法学的观点上来看,行政权力的获得,既系基于法规(Rechtssatz)<sup>[7]</sup>,而间接从“主权归属者”的全体国民

[3] 古典的政治学者,英国的洛克主张立法权与执行权的分立。法国的孟德斯鸠则提出立法权、行政权与司法权的分立。

[4] 台湾“行政程序法”(以下所引法规未特别指明者,均指台湾地区的法规)第11条第5项就规定:“管辖权非依法规不得设定或变更”。

[5] 关于行政法上“不确定法律概念”所产生的“判断余地”与“裁量权”赋予所产生的行使裁量权相关问题,详情请参见:翁岳生,论“不确定法律概念”与“行政裁量”之关系[M]//“国立”台湾大学法学丛书编委会,《行政法与现代法治国家》,1979:37以下;刘鑫桢,论裁量处分与不确定法律概念,台北,五南图书出版公司,2005。

[6] 2007年12月1日由台湾政治大学法学院与大陆南京工业大学法学院,共同于台北举办的“海峡两岸抽象行政行为之审查与监督学术研讨会”,与会学者共提出8篇论文,除本文作者发表的《论法规命令之自律性管控与审查》一文,系从行政权的“自律性”控制以外,其余均系以立法及司法机关对行政权所采取的“他律性”控制为讨论的主轴。

[7] 同注4。

那儿取得<sup>[8]</sup>，则“主权归属者”在赋予行政机关权力时，必然也要求其实现“一定的任务”，而在实现相关任务的“必要范围”内，当然必须固守其职权，而无所谓“自我限缩职权”的余地了！否则，就会构成“委弃权限”（Kompetenzenverzicht od. -aufgaben）。反之，如果行政机关在执行其任务时，只需要动用法规所赋予的“部分权限”，则其自然应该“自我限缩权限”于该必要的“部分权限”，而不可以无端地扩及和动用所不需要的权限。换言之，使用“全部的权限”，才不至于违反“比例原则”（rule of proportion; Verhältnismässigkeitsprinzip）<sup>[9]</sup>，甚至在实质上构成“逾越权限”（Überschreitung der Kompetenzen），而构成违法（ultra vires）的情况<sup>[10]</sup>！总体上来说，行政权力的行使，过犹不及（nicht zuviel, nicht zuwenig）。只有在恰如其分或者说是在实现任务所必要的范围内正当行使其权限，才是“行政权力自我约束”的应有表现。

## 2. 职权撤销瑕疵行政处分作为行政权力自我约束的机制？

“行政权力的自我约束”此一概念，是否指或专指行政机关的“职权撤销”（Anfechtung vom Amts wegen）瑕疵行政处分？基本上，答案应该是肯定的。单就“自我约束”此一语词的典型涵义来看，如果行政机关无待于人民的请求，即能够自我反省、检点，而当发现其所作成的行政处分<sup>[11]</sup>罹有违法或不当的瑕疵时，就本于职权加以撤销或者是变更<sup>[12]</sup>，而不让违法行使行政权力的结果继续存在下去，自然可以被认为是属于行政权力的自我约束的表现。

## 3. 诉愿制度作为行政权力自我约束的机制？

就“行政权力的自我约束”此一概念，是否指或专指透过“诉愿制度”<sup>[13]</sup>，以

[8] 在宪法学上的“国民主权原则”（Das Prinzip der Volkssouveränität），指的便是包括立法权、行政权与司法权等国家的所有公权力，其最终源头，均来自于构成国家组成要素的第一，也是最重要的要素——人民。此一原则或许可以“德国基本法”（Grundgesetz）第20条第2项的规定：“所有国家的权力，来自于全体国民。国家权力由全体国民以选举及投票，并透过特别的立法、执行权与司法机关来行使”（Alle Staatsgewalt geht vom Volk aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.），来加以体会。

[9] 所谓的“比例原则”，“行政程序法”第7条规定：“行政行为，应依下列原则为之：一、采取之方法应有助于目的之达成。二、有多种同样能达成目的之方法时，应选择对人民权益损害最少者。三、采取之方法所造成之损害不得与欲达成目的之利益显失均衡。”可以作为理解的基本根据。至于学理的探讨，中文数据可以参考谢世宪：“论公法上之比例原则”，城仲模主编，《行政法之一般法律原则》，台湾三民书局，1994：117以下；德文数据，请特别参考Lothar Hirschberg, DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT (Verlag Otto Schwarz & Co., Göttingen 1981)。

[10] “行政诉讼法”（2007.7.4修正公布）第4条第2项就规定：“逾越权限或滥用权力之行政处分，以违法论。”应该可以参考。

[11] 在大陆的行政法规和行政法学界，则以具体的行政行为称之。

[12] “行政程序法”第117条规定：违法行政处分于法定救济期间经过后，原处分机关得依职权为全部或一部之撤销；其上级机关，亦得为之。但有下列各款情形之一者，不得撤销：一、撤销对公益有重大危害者。二、受益人无第一百十九条所列信赖不值得保护之情形，而信赖授予利益之行政处分，其信赖利益显然大于撤销所欲维护之公益者。

[13] 台湾地区所称的诉愿制度，相当于大陆地区所称的行政复议制度。请参见：张越，行政复议[M]//应松年主编，当代中国行政法（下卷），北京：中国方正出版社，2005：1677以下、1702以下。

纠正行政机关权力行使的各项违失<sup>[14]</sup>而言,似乎有必要进一步加以说明。因为如果从此间(台湾地区)学界与实务界向来都肯认诉愿属于行政的“自我反省”机制<sup>[15]</sup>,则前一个问题自然应该加以肯定。可是如果从诉愿程序的启动<sup>[16]</sup>与通常的诉愿“管辖机关”常常不属于原来作成行政处分的机关来看<sup>[17]</sup>,则显然诉愿制度就没办法被评价为“行政权力自我约束的机制”,而有点类似于由司法机关(此间的行政法院<sup>[18]</sup>)所为的“他律性监督”了!因此,严格一点来说,诉愿制度似乎只能够勉强说是行政权力自我约束的机制,或者是仅有一部分可以算是行政权力自我约束的机制。

## 二、依法行政原则作为行政权力运作的范围准据

依法行政原则(Prinzip der Rechts- od Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)<sup>[19]</sup>,作为行政权力运作的范围准据,基本上应该是毋庸置疑的。可是在行政权力的行使涉及裁量权(Ermessensgewalt)或者是涉及判断权,或者是说有判断余地(Beurteilungs-spielraum)时,如何程度或情况下,始能够称得上是真正的依法行政,则和行政权力的自我约束有很密切的关系了!此外,到底是不是真正符合依法行政原则的要求,和行政机关能否自我反省,恐怕会有极度密切的关系。以下就分成三个部分来详细说明:

[14] 台湾地区的诉愿制度,不仅提供人民对于违法或不当的行政处分,请求撤销或变更,更容许人民对于依法申请作成有利的处分,而受理机关逾期未依法作成情况,请求限期作成。相关规定请参见“诉愿法”第1条第1项、第2条第1项、第81条与第82条。

[15] 参考吴庚,行政争讼法论[M],台北:三民书局,2005:300;蔡志方,行政救济法新论[M],台北:元照出版有限公司,2007:旁码3115;陈清秀,行政诉讼法[M],台北:翰庐图书出版有限公司,2001:2,184。

[16] 关于诉愿程序的启动,也就是诉愿的提起,详请参见:蔡志方,诉愿法与诉愿程序解说[M],台北:正典出版文化有限公司,2003:旁码082以下,旁码3109以下。

[17] “诉愿法”第4条规定的诉愿管辖机关,除了第8款规定:“不服中央各院之行政处分者,向原院提起诉愿”以外,均系向其上一级机关提起(同条第1款至第7款),甚至是向无任何上下级或隶属关系的机关提起(同法第5条第2项规定:诉愿管辖,法律另有规定依其业务监督定之者,从其规定)。关于诉愿的管辖体制,详请参见蔡志方,同注15,旁码3054以下。

[18] 台湾地区形式意义的行政法院,目前分为高等行政法院与最高行政法院二级。至于实质意义的行政法院,其名称则甚为复杂。详请参见蔡志方,同注15,旁码4028以下。

[19] 关于依法行政原则的内容与变迁,中文数据请特别参考:城仲模,论依法行政之原理[M]//行政法之基础理论,台北:三民出版社,1991:3以下;德文数据,则特别参考Otto Mayer,DEUTSCHES VERWALTUNGSRECHT, erster Band, 1969 unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen dritten Auflage (Verlag von Duncker & Humblot, Berlin), 65-73; Fritz Ossenbühl, in: Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers (Hrsg.), ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT, 12. Aufl., (Walter De Gruyter Recht, Berlin 2002), § 9 II. 至于行政的合于目的性(Zweckmäßigkeit)与法外标准的法律化(Verrechtlichung außerrechtlicher Maßstäbe)等问题,则请参见Matthias Jestaedt, in: Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers (Hrsg.), ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT, 13. Aufl., (Walter De Gruyter Recht, Berlin 2005), Rn. 3-4 § 10 I 2.

### （一）依法行政原则下，行政机关行使裁量权时的自我约束

虽然行政权的行使，在依法行政原则下，必须受到法律的拘束（Gesetzesbindung）。但是法律并无法针对千变万化的情况，作极度精确与明确的规定，因而就借着所谓的“法律构成要件”的使用不确定法概念（unbestimmter Rechtsbegriff）与行政就规范的法效果方面的选择自由（Wahlfreiheit der Verwaltung auf der Rechtsfolgeenseite der Norm），使行政机关不仅在个案情况下享有“判断的余地”（Beurteilungsspielraum）（另详下述二），同时也享有行政裁量（Verwaltungsermessen）的空间，间接也使得行政受法律的拘束，实际上产生松动（Lockerung）与弱化（Abschwächung）的现象<sup>[20]</sup>。虽然传统的理论，已受到挑战，两者间已由范畴性选择改为流动性归属；诸如计划性裁量（Planungsermessen）与专业判断，已溢出传统二概念二分法的范畴；立法与司法裁量的议题，也纷纷解开；甚至两者间之分分合合，已成为学说论辩的焦点<sup>[21]</sup>。

基本上，不管是裁量或判断的问题，都会给行政与司法间的互动关系与界线，带来争议。本文在此比较关切的是，行政机关在何种情况下，享有裁量权与特权，而于其行使裁量权时，是否仍有自我约束的问题。根据德国最新的见解，裁量是与法效果有关，而行政有最终的决定权能（Ermessen ist die rechtsfolgenbezogene Letztentscheidungsbefugnis），换句话说，行政就相关事项为最终的具体化与个别化<sup>[22]</sup>，包括：是否、如何与何者的最终决定。也包括：类型化的一般性裁量（generelle Ermessensausübung）与具体个案的个别裁量（individuelle Ermessensausübung）在内。裁量权的行使，属于行政权完成法律赋予行政追求具体正义的必要过程。所以如果裁量权不行使（Ermessensnichtgebrauch）、裁量不足（Ermessenunterschreitung）、瑕疵裁量（滥用或者恣意）（Ermessenfehlgebrauch）或者是裁量过度（Ermessenüberschreitung）（含选取法所未规定的效果或者误认构成要件存在，而开启一裁量性决定）。不过，行政裁量权在若干特殊情况下，特别是本于宪法或者是较赋予裁量权的法规位阶更高的法规范要求，将会发生萎缩或收缩（Ermessensreduzierung od. -schrumpfung），甚至是收缩到零（Ermessenreduzierung auf Null），也就是变成没有裁量余地的结果。

此外，行政机关基于诸如平等原则（Grundsatz der Gleichheit）、法安定性原则（Grundsatz der Rechtssicherheit）、信赖保护原则（Vertrauensschutzgrundsatz）、自我拘束原则（Selbstbindungsgrundsatz），特别是就典型案例颁布裁量基准（Ermessensrichtlinien），就会发生裁量权行使的自我拘束问题。

### （二）依法行政原则下，行政机关行使判断权时的自我约束

不管是传统上由不确定法律概念所衍生的“行政判断余地”（behördlicher

[20] Vgl. Matthias Jestaedt, aaO. (Fn. 18), Rn. 10 § 10 III 1.

[21] Id., Rn. 12-20 § 10 III 2.

[22] Id., Rn. 55 § 10 V 3.